

ECLI:NL:RBROT:2020:4731

□ Rechtspraak.nl, Rechtbank Rotterdam, 29-05-2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4731, 8408116 / VZ VERZ 20-5185

WWZ. Ontbinding arbeidsovereenkomst ex 7:671b BW op de g-grond, met toekenning transitievergoeding. Verzoek werknemer tot uitbetaling onkostenvergoedingen en buiten werking stellen concurrentiebeding afgewezen, uitbetaling vakantie-uren deels toegewezen.

GEGEVENS

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	29-05-2020
Datum publicatie	02-06-2020
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:RBROT:2020:4731
Zaaknummer	8408116 / VZ VERZ 20-5185
Bijzondere kenmerken	Beschikking
Rechtsgebied	Arbeidsrecht
Overige publicaties	JAR 2020/172 AR-Updates.nl 2020-0621 XpertHR.nl 2020-20004386

UITSpraak

RECHTBANK ROTTERDAM

zaaknummer: 8408116 / VZ VERZ 20-5185

uitspraak: 29 mei 2020

beschikking van de kantonrechter, zitting houdende te Rotterdam,

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Bilfinger Shared Services B.V.,

gevestigd te Brielle,

verzoekster,

tevens verweerster in het zelfstandige tegenverzoek,

gemachtigde: mr. M.C.V. Dornstedt, advocaat te Hellevoetsluis,

tegen

[verweerder],

wonende te [woonplaats verweerder], gemeente [gemeente],

verweerder,

tevens verzoeker in het zelfstandige tegenverzoek,

gemachtigde: mr. B.J. Bongaards, advocaat te Rotterdam.

Partijen worden hierna "Bilfinger" en "[verweerder]" genoemd.

1. Het verloop van de procedure

1.1 Van de volgende processtukken is kennisgenomen:

- het verzoekschrift, met producties 1 t/m 8, ontvangen op 23 maart 2020;
- de brief van Bilfinger van 11 mei 2020, met producties 9 t/m 12;
- het verweerschrift, met producties 1 t/m 11;
- de brieven van Bilfinger van 19 mei en 20 mei 2020, waarbij haar producties 11 en 12 zijn ingetrokken;
- het aanvullende verweerschrift tevens wijziging verwante verzoeken van [verweerder], met productie 12;
- het verweerschrift tegen zelfstandige verzoeken tevens houdende spreekantekeningen van Bilfinger.

- 1.2 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 25 mei 2020. Namens Bilfinger zijn verschenen dhr. [naam persoon 1] (Finance Director) en mw. [naam persoon 2] (Senior Legal Counsel), bijgestaan door mr. M.C.V. Domstedt. [verweerder] is in persoon verschenen, bijgestaan door mr. B.J. Bongards. Partijen hebben ter zitting hun standpunten (nader) toegelicht. Van hetgeen ter mondelinge behandeling is verhandeld, heeft de griffier aantekening gehouden.
- 1.3 De kantonrechter heeft de uitspraak van deze beschikking vervolgens bepaald op heden.

2. De feiten

In deze procedure wordt uitgegaan van de volgende feiten.

- 2.1 Bilfinger verleent diensten op administratief en facilitair gebied en leent personeel uit c.q. detacheert personeel uitsluitend binnen de groep van bedrijven waartoe de vennootschap behoort.
- 2.2 [verweerder], geboren op [geboortedatum], is op 1 april 2018 in dienst getreden bij Bilfinger Tebodin Netherlands B.V., een zustervennootschap van Bilfinger.
Nadat [verweerder] bij die zustervennootschap boventallig was verklaard, is hij op 1 oktober 2019 bij Bilfinger in dienst getreden in de functie van Manager Control, tegen een salaris van € 6.700,00 bruto per maand exclusief 8% vakantiebijslag, een 13e maand en overige emolumenten. Met ingang van 1 januari 2020 is zijn functie gewijzigd in die van Manager Finance. Zijn salaris is gelijk gebleven.

- 2.3 In de arbeidsovereenkomst van [verweerder] is, voor zover relevant, het volgende vermeld:

“(…)

Artikel 2 – Salaris, 13e maand & onkostenvergoeding

“(…)

7. In verband met de uitoefening van zijn functie heeft werknemer recht op onkostenvergoedingen, conform het Reglement onkostenvergoeding van Bilfinger Industrial Services. Voor werknemer zijn dit de volgende maandelijks vergoedingen:

- Een algemene kostenvergoeding van: € 211,00

- Een autokostenvergoeding van: € 33,00

“(…)

Artikel 9 – Door de werkgever ter beschikking gestelde auto

1. Aan de werknemer wordt in verband met de uitoefening van de in artikel 1.1 genoemde functie een auto ter beschikking gesteld.
2. Op het gebruik van de auto zijn de voorwaarden van toepassing zoals opgenomen in de separaat opgestelde overeenkomst met de werkgever en de bepalingen zoals deze zijn vastgesteld in de autoregeling van Bilfinger Industrial Services Nederland B.V.

“(…)

Artikel 14 – Concurrentiebeding

Het is de werknemer verboden om zonder schriftelijke toestemming van de werkgever gedurende

1 jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst direct noch indirect binnen het werkgebied van de werkgever, voor zichzelf of voor anderen, al dan niet tegen betaling, in enigerlei vorm werkzaam te zijn voor of betrokken te zijn bij, daaronder mede begrepen bemiddeling, bij een onderneming die activiteiten verricht of zal gaan verrichten, al dan niet als kernactiviteit, op een terrein gelijk aan of anderszins concurrerend met dat van de werkgever en de aan haar gelieerde ondernemingen.

“(…)

Artikel 17 – Boetebeding

1. Indien de werknemer in strijd handelt met de verplichtingen genoemd in de artikelen 12, 13, 14, 15 of 16 zal de werknemer aan de werkgever, zonder dat een ingebrekestelling is vereist, voor iedere overtreding een direct opeisbare boetesom gelijk aan 10% van het overeengekomen bruto jaarsalaris verbeuren, evenals een boetesom per dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, van 10% van het overeengekomen salaris per loonperiode, met een minimum van

€ 225,-, zolang de overtreding voortduurt, zulks onverminderd het recht van de werkgever om in plaats van de boete volledige schadevergoeding van de werknemer te vorderen.

“(…)”

- 2.4 Op 27 januari 2020 heeft Bilfinger aan [verweerder] medegedeeld dat zij de arbeidsovereenkomst met [verweerder] wenst te beëindigen en dat hij met onmiddellijke ingang is vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden. Bilfinger heeft [verweerder] een concept-vaststellingsovereenkomst overhandigd om de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden te beëindigen. Partijen zijn niet tot een overeenstemming gekomen.
- 2.5 Bij brief van 7 april 2020 heeft de gemachtigde van Bilfinger aan de gemachtigde van [verweerder] medegedeeld dat:
- de betaling van de maandelijks onkostenvergoeding van € 211,00 en € 33,00 wordt gestopt met ingang van april 2020;
 - het gebruiksrecht van [verweerder] ter zake van de bedrijfsauto op 16 april 2020 wordt beëindigd en dat de auto op die datum zal worden opgehaald;
 - alle stafmedewerkers worden geacht, met ingang van die week, per week 20% vakantie op te nemen tot 1 juni 2020, met toevoeging van de brief van 31 maart 2020 waarin de maatregel aan het personeel van Bilfinger is gecommuniceerd.
- 2.6 In mei 2020 heeft [verweerder] bij de afdeling Corporate Compliance een melding gedaan van creatief boekhouden binnen Bilfinger. In reactie op deze melding heeft de compliance officer van Bilfinger Salamis UK Limited (hierna: “Salamis”) bij e-mail van 19 mei 2020 het volgende aan [verweerder] medegedeeld:
- “Thanks for your report. Bilfinger takes these matters very seriously.”*

I understand that there are currently ongoing legal proceedings concerning the matters alleged. As such, I will consider appropriate further steps in light of developments in those proceedings.

I will respond further in due course."

3. Het verzoek van Bilfinger en de stellingen van partijen

- 3.1 Het verzoek strekt, na wijziging er – kort gezegd – toe de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst te ontbinden, in de eerste plaats op grond van een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding ex artikel 7:669 lid 3 onder g BW en in de tweede plaats op grond van een combinatie van gronden ex artikel 7:669 lid 3 onder i BW, zonder toekenning van enige vergoeding, kosten rechten.
- 3.2 Bilfinger stelt zich allereerst op het standpunt dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding in de zin van artikel 7:669 lid 3 onder g BW. Na aanvang van het dienstverband bij Bilfinger bleek al snel dat [verweerder] ondermaats presteerde. De leidinggevende heeft wekelijks met [verweerder] gesproken over de manier waarop hij zijn functie moest vervullen en wat van hem werd verlangd. [verweerder] trok echter zijn eigen plan. Hij verdiepte zich niet in de bedrijfsprocessen en de operationele bedrijfsvoering, sloot zich op in zijn kamer, was passief, luisterde niet, wees naar anderen als zaken niet goed waren gegaan, ging contacten uit de weg en was op belangrijke momenten afwezig. Daardoor verloor [verweerder] in rap tempo draagvlak binnen zijn team. Omdat de situatie onhoudbaar werd, is [verweerder] herplaatst in de functie van Manager Finance. Met deze demotie werd [verweerder] een tweede kans gegeven om zich te bewijzen. Die kans heeft hij echter niet aangegrepen. Zijn functioneren bleef ondermaats en zijn werkhouding veranderde niet. Bovendien liet [verweerder] tijdens gesprekken daarover blijken dat hij de kritiekpunten niet serieus nam en ook geen verantwoordelijkheid nam. Bilfinger heeft er, gezien de ontkenning van het probleem door [verweerder], geen enkel vertrouwen in dat [verweerder] zijn houding zal kunnen verbeteren. Daarnaast heeft [verweerder] na indiening van het verzoekschrift Bilfinger beschuldigd van creatief boekhouden. Deze ernstige aantijgingen zijn niet onderbouwd en worden met klem betwist door Bilfinger. Bilfinger neemt het [verweerder] zeer kwalijk dat hij haar met deze valse beschuldigingen onder oneigenlijke pressie probeert te zetten. Door deze omstandigheden is een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding ontstaan, zodanig dat van Bilfinger niet langer kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst met [verweerder] voort te zetten.

Indien de kantonrechter meent dat er geen sprake is van een voldragen g-grond, betoogt Bilfinger dat de g-grond in combinatie met de d-grond een voldragen ontslaggrond in de zin van artikel 7:669 lid 3 onder i BW oplevert.

- 3.3 [verweerder] betwist gemotiveerd het door Bilfinger gestelde disfunctioneren en slechte werkhouding. Desalniettemin heeft hij zijn aanvankelijke verweer tot afwijzing van het ontbindingsverzoek van Bilfinger laten vallen. [verweerder] begrijpt uit de reactie van de compliance officer van Salmis dat er geen behoefte bij Bilfinger bestaat om zelf serieus en gedegen onderzoek te doen naar de klacht over de oneigenlijke gang van zaken ten aanzien van de financiën en het 'victimisatie-ontslag' dat Bilfinger in dat kader wil bewerkstelligen. Om die reden ziet [verweerder] in dat een vruchtbare voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet meer te verwachten valt.

4. Het zelfstandige tegenverzoek van [verzoeker] en de stellingen van partijen

- 4.1 Het tegenverzoek strekt, na wijzigingen bij akte en ter zitting ertoe:

1. het ontbindingsverzoek toe te wijzen onder toekenning aan [verzoeker] ten laste van Bilfinger van:

- een transitievergoeding per 1 augustus 2020 van € 9.093,38 bruto;
 - € 244,00 netto aan onkosten en autokosten per maand vanaf 1 april 2020 tot het einde van de arbeidsovereenkomst, te vermeerderen met de wettelijke rente;
 - € 454,00 netto aan contributiekosten NBA;
 - uitbetaling van 229 verlofuren tegen een waarde van in totaal € 10.204,00 bruto;
2. te bepalen dat het in artikel 14 van de arbeidsovereenkomst overeengekomen beding buiten werking wordt gesteld en Bilfinger daaraan geen rechten kan ontleen;
3. Bilfinger te veroordelen in de kosten van de procedure.

In eerste instantie heeft [verzoeker] ook nog aanspraak gemaakt op toekenning van een billijke vergoeding ten bedrage van € 20.000,- bruto. Die aanspraak heeft hij ter zitting ingetrokken, mede in verband met het feit dat hij inmiddels elders werk heeft gevonden.

- 4.2 [verzoeker] stelt zich op het standpunt dat een ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen partijen dient plaats te vinden op de i-grond, waarbij wordt verzocht de transitievergoeding toe te kennen met een verhoging van 50% conform artikel 7:671b lid 8 BW. Dat komt neer op een vergoeding van € 9.093,38 bruto, indien wordt ontbonden per 1 augustus 2020. [verzoeker] heeft conform artikel 2.7 van zijn arbeidsovereenkomst recht op een onkostenvergoeding van € 211,00 per maand en een autokostenvergoeding van € 33,00 per maand. Vanaf april 2020 zijn deze vergoeding niet meer uitbetaald door Bilfinger. Nu [verzoeker] zonder legitieme grond op non-actief is gesteld, had Bilfinger geen recht om de auto van [verzoeker] in te nemen en de uitkering van deze vergoedingen stop te zetten. De contributiekosten van de NBA (Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants) worden normaliter door Bilfinger vergoed. Bilfinger heeft bij brief van 31 maart 2020 eenzijdig besloten dat stafmedewerkers 20% van hun tijd als verlof opnemen. [verzoeker] heeft hier niet mee ingestemd. De non-actiefstelling van [verzoeker] was toen al ingegaan en valt in de risicosfeer van Bilfinger. Ten aanzien van het buiten werking stellen van het concurrentiebeding wijst [verzoeker] primair op de ernstig verwijtbare handelwijze van Bilfinger in de zin van artikel 7:653 lid 4 BW. Subsidiar voert [verzoeker] aan dat hij, in het kader van een belangenafweging, zwaar wordt getroffen door het ontslag bij Bilfinger en dat hij er een groot belang bij heeft dat hij vrijelijk op zoek kan gaan naar een nieuw baan. Gezien het korte dienstverband bij Bilfinger, ziet [verzoeker] ook niet in welk redelijk belang Bilfinger heeft bij handhaving van het concurrentiebeding.
- 4.3 Bilfinger voert aan dat [verzoeker] de verstoring van de arbeidsverhouding voortdurend heeft gezocht en daarmee voortgaat. [verzoeker] treft daarvan een ernstig verwijt, zodat Bilfinger ex artikel 7:673 lid 7 sub c BW geen transitievergoeding is verschuldigd. Voor zover de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op de i-grond, ligt een verhoging van de transitievergoeding niet in de rede. Ten aanzien van de onkostenvergoedingen betoogt Bilfinger, onder verwijzing naar de toepasselijke autoregeling dat het gebruiksrecht van de auto bij het langdurig geen arbeid verrichten tussentijds kan worden beëindigd. Voorts wordt een beroep gedaan op artikel 2 lid 7 van de arbeidsovereenkomst dat betrekking heeft op de onkostenregeling. Omdat [verzoeker] geen werkzaamheden verrichtte, maakte hij geen kosten meer, zodat de grond voor een

onkostenvergoeding is komen te vervallen.

De contributiekosten van de NBA hebben betrekking op een persoonlijke lidmaatschap van [verzoeker] voor 2020 met betrekking tot zijn inschrijving als registeraccountant. Bilfinger is niet met [verzoeker] overeengekomen dat zij die kosten zou betalen. Omdat [verzoeker] al sinds 27 januari 2020 niet meer voor Bilfinger werkt, ligt betaling van die kosten door Bilfinger ook niet in de rede.

Het afboeken van de vakantiedagen houdt verband met de Corona-crisis en niet met de vrijstelling van werk van [verzoeker]. De maatregel is bij brief van 31 maart 2020 aan het personeel van Bilfinger, waaronder [verzoeker], opgelegd. Bilfinger betwist de juistheid van het door [verzoeker] overgelegde saldo-overzicht van vakantie-uren.

Voor het buiten werking stellen van het concurrentiebeding is geen grond. Bilfinger heeft niet ernstig verwijtbaar gehandeld en [verzoeker] heeft geen belang waarvoor het belang van Bilfinger bij handhaving van het beding moet wijken.

5. De beoordeling

5.1 Nu het verzoek van Bilfinger en het tegenverzoek van [verzoeker] elkaar deels overlappen c.q. met elkaar samenhangen, zullen deze hierna gezamenlijk worden beoordeeld.

5.2 *In artikel 7:669 lid 1 BW is bepaald dat de werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Die eisen gelden volgens artikel 7:671b lid 1 sub a BW ook voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter. In artikel 7:669 lid 3 BW is (limitatief) omschreven wat onder een redelijke grond moet worden verstaan. Bilfinger legt aan haar ontbindingsverzoek primair artikel 7:669 lid 3 onder g BW ten grondslag. Uit die bepaling volgt dat de arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden als sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.*

5.3 *Naar het oordeel van de kantonrechter is voldoende gebleken dat de verhouding tussen Bilfinger en [verzoeker] zodanig ernstig en duurzaam is verstoord dat herstel van de arbeidsrelatie niet meer mogelijk is. Tegenover Bilfinger die zich op het standpunt stelt dat [verzoeker] zijn functie niet vervult op de wijze zoals Bilfinger van hem verwacht en die ook niet het vertrouwen heeft dat daarin verandering komt, staat [verzoeker] die Bilfinger ervan beschuldigt hem uitsluitend te willen ontslaan omdat hij kritisch was over het creatief boekhouden binnen Bilfinger. Los van de vraag wie het gelijk aan zijn of haar zijde heeft, is evident dat dit geschil in de weg staat aan een verdere vruchtbare samenwerking tussen partijen. Dat klemt temeer nu [verzoeker] te kennen heeft gegeven zijn verweer tot afwijzing van het ontbindingsverzoek te laten varen, omdat hij geen vertrouwen meer heeft in een vruchtbare voortzetting van de arbeidsovereenkomst. Ter zitting heeft [verzoeker] desgevraagd verklaard dat hij het niet meer ziet zitten om nog terug te keren naar Bilfinger en dat hij bovendien al een andere baan heeft, waarbij hij zich overigens niet heeft willen uitlaten over de vraag met ingang van welke datum hij bij zijn nieuwe werkgever in dienst kan treden. Dit ernstige gebrek aan wederzijds vertrouwen leidt tot het oordeel dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 aanhef en onder g BW, waarbij herplaatsing niet in de rede ligt. Dat betekent dat het ontbindingsverzoek op deze grond zal worden toegewezen.*

5.4 *De arbeidsovereenkomst zal met toepassing van artikel 7:671b lid 9 aanhef en sub a BW worden ontbonden met ingang van 1 juli 2020.*

5.5 *Ten aanzien van de vraag of aan [verzoeker] de transitievergoeding toekomt, wordt het volgende overwogen. Bilfinger voert aan dat de verstoorde arbeidsverhouding is veroorzaakt door ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van [verzoeker], zodat zij conform artikel 7:673 lid 7 sub c BW geen transitievergoeding is verschuldigd. De kantonrechter begrijpt dat Bilfinger daarbij doelt op enerzijds de wijze waarop [verzoeker] zijn functie heeft vervuld en anderzijds zijn melding bij de compliance afdeling van Salamis dat Bilfinger zich schuldig maakt aan creatief boekhouden.*

5.6 *Wat betreft het functioneren en de werkhouding van [verzoeker] heeft Bilfinger onvoldoende onderbouwd, zeker in het licht van de gemotiveerde betwisting door [verzoeker], dat [verzoeker] er de kantjes van afliep. Van belang is voorts dat, voor zover [verzoeker] al zou disfunctioneren zoals Bilfinger stelt, onvoldoende gebleken is dat hij door Bilfinger daarop is aangesproken en vervolgens voldoende in de gelegenheid is gesteld om zijn werkhouding te verbeteren. Nergens blijkt uit dat de functiewijziging van [verzoeker] een demotie was, zoals door Bilfinger is betoogd. Er is daaromtrent niets vastgelegd en uit de door Bilfinger overgelegde e-mail van 20 december 2019, waarin de functiewijziging aan het personeel is aangekondigd, kan enkel worden afgeleid dat er meerdere functiewijzigingen zijn doorgevoerd in het kader van een algehele verandering in de organisatiestructuur. Daarbij komt dat, als de nieuwe functie van [verzoeker] al als een tweede kans zou moeten worden gezien, niet valt in te zien waarom Bilfinger al binnen 4 weken, waarin [verzoeker] bovendien nog in een overgangsfase zat, omdat hij nog taken uit zijn oude functie moest afmaken, tot het besluit kon komen het vertrouwen in [verzoeker] op te zeggen.*

5.7 *Wat betreft de melding van [verzoeker] bij de compliance afdeling van Salamis wordt [verzoeker] door Bilfinger verweten dat hij deze melding heeft gedaan, terwijl hij dit niet eerder heeft gedeeld binnen Bilfinger. De stelling van [verzoeker] dat hij zijn constatering omtrent het creatief boekhouden heeft gedeeld met de compliance officer van Bilfinger, is door Bilfinger betwist en door [verzoeker] niet onderbouwd. Wat daar ook van zij, het gaat hier om een interne melding, althans een melding die binnen de Bilfinger-groep blijft. Hoewel dit kan leiden tot een intern onderzoek en negatieve gevolgen kan hebben voor Bilfinger – of dat zo is, is op dit moment niet bekend – neemt dat niet weg dat [verzoeker], indien hij op onoirbare praktijken stuit, zich mag wenden tot een binnen de organisatie van de Bilfinger-groep bestaande compliance-afdeling die juist in het leven is geroepen om erop toe te zien dat de verschillende ondernemingen van de organisatie zich aan de regels houden. Dat [verzoeker] zijn bevindingen niet eerst heeft gedeeld met zijn directe collega's is niet onbegrijpelijk, aangezien juist die collega's daar mogelijk bij betrokken zijn.*

5.8 *Uit het voorgaande vloeit voort dat van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door [verzoeker] geen sprake is, zodat het beroep van Bilfinger op artikel 7:673 lid 7 sub c BW wordt verworpen. Bilfinger is aan [verzoeker] de transitievergoeding in de zin van artikel 7:673 lid 2 BW verschuldigd. Gelet op de ontbindingsdatum van 1 juli 2020 en het tussen partijen vaststaande salaris van € 7.794,33 bruto, inclusief vakantietoeslag en 13e maanduikering, wordt de aan [verzoeker] ten laste van Bilfinger toe te kennen transitievergoeding berekend op € 5.902,00 bruto.*

5.9 *De door [verzoeker] verzochte verhoging van 50% wordt afgewezen. Nog daargelaten dat uit het systeem van de wet volgt dat aan een werknemer geen beroep toekomt op een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op basis van de i-grond, is onder r.o. 5.3 reeds geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst op verzoek van Bilfinger zal worden ontbonden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding, de g-grond.*

5.10 *De door [verzoeker] verzochte betaling van € 244,00 per maand aan onkostenvergoedingen wordt eveneens afgewezen. De vraag of [verzoeker] al dan niet op juiste gronden op non-actief is gesteld, is in dit verband niet relevant. Bilfinger heeft op grond van artikel 12.2 van de toepasselijke autoregeling het gebruiksrecht van [verzoeker] ter zake van de bedrijfsauto mogen beëindigen, omdat hij langdurig geen arbeid verrichtte. Overigens heeft [verzoeker] op dit punt geen tegenverzoek ingesteld. Hij heeft immers enkel de doorbetaling van de onkostenvergoeding van € 211,- en de autokostenvergoeding van € 33,- per maand verzocht. Door het niet verrichten van zijn werk heeft [verzoeker] geen onkosten gehad. Conform artikel 7:628 lid 4 BW heeft [verzoeker] in dat geval ook geen recht op doorbetaling van de onkostenvergoeding. Dat geldt zowel voor de algemene onkostenvergoeding van € 211,- per maand alsook voor de autokostenvergoeding van € 33,- per maand.*

5.11 *Ten aanzien van de contributiekosten van de NBA ad € 454,00, die betrekking hebben op de inschrijving van [verzoeker] als registeraccountant, heeft*

Bilfinger ter zitting erkend dat het gebruikelijk is dat die kosten door Bilfinger worden vergoed. Gezien dat gebruik, mocht [verzoeker] er gerechtvaardigd op vertrouwen dat deze kosten ook dit jaar door Bilfinger zouden worden vergoed en was Bilfinger daartoe gehouden, althans voor zolang het dienstverband van [verzoeker] voortduurt in 2020. Nu het dienstverband eindigt per 1 juli 2020, wordt het in dit kader verzochte bedrag voor de helft toegewezen, zijnde € 227,00.

5.12 *[verzoeker] heeft als productie 11 een overzicht overgelegd met de volgens hem openstaande vakantie-uren. Bilfinger heeft de juistheid van het overzicht betwist en daarbij aangevoerd dat er geen rekening is gehouden met de maatregel dat stafmedewerkers 20% van hun verlofuren moeten opnemen, dat [verzoeker] vakantie-uren heeft opgenomen die niet in het overzicht zijn vermeld en dat de opbouw van de uren ten onrechte is berekend tot en met de maand juli 2020.*

5.13 *Bij brief van 31 maart 2020 heeft Bilfinger aan het gehele personeel doorgegeven welke maatregelen zij neemt als gevolg van alle Corona-maatregelen van de overheid.*

Eén van die maatregelen is:

“Uitgangspunt is dat stafmedewerkers tot 1 juni 2020 20% van hun tijd in overleg met hun leidinggevende als vakantie op nemen. Indien de operatie bij de klant het toelaat – dit ter beoordeling van de leidinggevende – wordt van medewerkers in de operatie hetzelfde gevraagd.”

De arbeidsovereenkomst van [verzoeker] bevat in artikel 20 een eenzijdig wijzigingsbeding. Dat laat onverlet dat Bilfinger op grond van artikel 7:613 BW daarop slechts een beroep kan doen, indien zij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van [verzoeker] dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Nu [verzoeker] niet heeft ingestemd met de eenzijdige wijziging, is het aan Bilfinger om haar zwaarwichtige belang bij de maatregel te onderbouwen. Een enkele verwijzing naar de Corona-crisis is daarvoor onvoldoende. Bovendien blijkt uit de brief van

31 maart 2020 dat het gaat om een uitgangspunt en dat het een en ander geschiedt in overleg met de leidinggevende. Op dat moment was [verzoeker] al op non-actief gesteld en met hem is nimmer overleg gepleegd over het opnemen van 20% van zijn vakantie-uren. Tegen die achtergrond kan Bilfinger niet eenzijdig aan [verzoeker] opleggen om 20% van zijn vakantie-uren in te leveren.

5.14 *Over de door [verzoeker] opgenomen vakantie-uren heeft Bilfinger ter zitting gesteld dat [verzoeker] op 10, 17 en 22/23 januari 2020 verlof heeft opgenomen, alsook een week in februari 2020 en 3 weken in april/mei 2020.*

Uit artikel 7:638 lid 2 BW vloeit voort dat de werkgever de vakantie vaststelt overeenkomstig de wensen van de werknemer. De werkgever kan niet eenzijdig stellen dat de werknemer vakantie heeft genoten en die dagen in mindering brengen op het tegoed.

Wat betreft de verlofuren in januari 2020 heeft [verzoeker] aangevoerd dat een gedeelte van die uren wordt betwist en een ander deel reeds is verwerkt in zijn overzicht. Gelet op het door [verzoeker] overgelegde overzicht aan genoten en resterende vakantie-uren, lag het op de weg van Bilfinger om van haar kant de administratie van de vakantie-uren van [verzoeker] in het geding te brengen. Nu zij dat heeft nagelaten, zal worden uitgegaan van de juistheid van de in het overzicht van [verzoeker] vermelde opgenomen uren in januari 2020.

De stelling van Bilfinger dat [verzoeker] in februari 2020 een week, zijnde 40 uren, verlof heeft opgenomen, is door [verzoeker] niet betwist.

Ten aanzien van de vakantie in april/mei 2020 heeft [verzoeker] erkend dat hij in oktober 2019 aan Bilfinger had doorgegeven vakantie op te nemen in de periode van 13 april t/m 4 mei 2020, maar dat hij uiteindelijk niet op vakantie is gegaan vanwege de situatie rondom Corona. Daarmee is duidelijk dat de vakantie-uren voor die periode zijn vastgesteld. De non-actiefstelling maakt dat niet anders. Dat [verzoeker] feitelijk niet weg is gegaan, ligt in zijn risicosfeer. Rekening houdend met de in die periode voorkomende feestdagen, is sprake van 112 opgenomen verlofuren.

5.15 *[verzoeker] is in zijn overzicht uitgegaan van 201 opgebouwde vakantie-uren van januari tot en met juli 2020. Nu de arbeidsovereenkomst per 1 juli 2020 wordt ontbonden, dient het aantal opgebouwde dagen te worden gecorrigeerd naar 172 uren (= 201/7 x 6). Zijn verlofsaldo per 31 december 2019 bedroeg 48 uren, dat is niet in geschil. De opgenomen uren in 2020 komen neer op 20 uren in januari, 40 uren in februari en 112 uren in maart/april. Dat leidt tot een huidig verlofsaldo van 48 uren (= 172 + 48 - 20 - 40 - 112).*

[verzoeker] heeft de waarde van een verlofuur berekend op € 45,00 bruto. Deze berekening is door Bilfinger niet betwist en komt de kantonrechter niet onbegrijpelijk voor.

Dat betekent dat [verzoeker] op dit moment 48 niet-opgenomen verlofuren heeft met een waarde van in totaal € 2.160,00 bruto. Bilfinger zal worden veroordeeld bij het einde van de arbeidsovereenkomst dit bedrag uit te keren aan [verzoeker].

5.16 *[verzoeker] heeft verzocht het overeengekomen concurrentiebeding buiten werking te stellen. Primair doet hij een beroep op artikel 7:653 lid 4 BW, waarin is bepaald dat de werkgever geen rechten kan ontfangen aan het concurrentiebeding, indien het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Voor zover [verzoeker] daarmee bedoelt dat Bilfinger zonder enige grond heeft aangestuurd op een einde van de arbeidsovereenkomst en hem eigenlijk straft voor het klokkenluiden, is dat standpunt onvoldoende onderbouwd. Zoals eerder overwogen, is op basis van de stukken en hetgeen ter zitting is besproken, voldoende gebleken dat tussen partijen een verstoorde arbeidsverhouding is ontstaan die reden geeft om tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst over te gaan. Daarbij kan niet worden vastgesteld of de verstoorde arbeidsverhouding overwegend aan de ene partij dan wel aan de andere partij kan worden verweten, laat staan dat er sprake is van een ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door één van de partijen.*

Subsidiair voert [verzoeker] aan dat hij, in het kader van een belangenafweging, zwaar wordt getroffen door het ontslag bij Bilfinger en dat hij er een groot belang bij heeft dat hij vrijelijk op zoek kan gaan naar een nieuw baan. Ter zitting heeft [verzoeker] evenwel desgevraagd verklaard dat hij reeds een nieuwe arbeidsovereenkomst is aangegaan. Op de vraag van de kantonrechter of de werking van het concurrentiebeding van invloed is op de indiensttreding bij de nieuwe werkgever, heeft [verzoeker] negatief geantwoord. Over de vraag wanneer de nieuwe arbeidsovereenkomst ingaat, heeft [verzoeker] zich niet willen uitlaten. Tegen deze achtergrond ziet de kantonrechter niet in welk belang [verzoeker] op dit moment heeft bij het buiten werking stellen van het beding. De looptijd van het beding van één jaar is niet een onredelijk lange looptijd en er is geen reden om vooruit te lopen op toekomstige ontwikkelingen in het carrièreverloop van [verzoeker] die thans niet bekend zijn. Dit alles tezamen bezien, is er geen reden om het belang van [verzoeker] bij het buiten werking stellen van het beding te laten prevaleren boven het belang van Bilfinger bij behoud van het concurrentiebeding.

Het verzoek van [verzoeker] met betrekking tot het concurrentiebeding wordt dan ook afgewezen.

5.17 *Nu beide partijen over en weer in het ongelijk zijn gesteld, zullen de kosten van de procedure worden gecompenseerd in die zin dat ieder van de partijen de eigen kosten draagt.*

6. De beslissing

De kantonrechter:

ten aanzien van het verzoek van Bilfinger

- ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 juli 2020;
- bepaalt dat ieder van de partijen de eigen kosten draagt;
- wijst af het méér of anders verzochte;

ten aanzien van het zelfstandige tegenverzoek van [verzoeker]

- kent aan [verzoeker] ten laste van Bilfinger een transitievergoeding toe ter grootte van € 5.902,00 bruto en veroordeelt Bilfinger het netto-equivalent van die vergoeding uiterlijk op 1 augustus 2020 aan [verzoeker] te betalen;
 - veroordeelt Bilfinger tot betaling aan [verzoeker] van een bedrag van € 227,00 aan contributiekosten NBA;
 - veroordeelt Bilfinger bij het einde van de arbeidsovereenkomst aan [verzoeker] te betalen een bedrag van € 2.160,00 bruto ten titel van 48 niet-opgenomen vakantie-uren;
- bepaalt dat ieder van de partijen de eigen kosten draagt;
- wijst af het méér of anders verzochte.

Deze beschikking is gegeven door mr. W.J.J. Wetzels en uitgesproken ter openbare terechtzitting
775